

UNIÃO ESTÁVEL*

IARA DE TOLEDO FERNANDES

Procuradora do Estado de São Paulo, Mestra e Doutora em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Bauru - ITE

I – HISTÓRICO

Antecedente às Leis nºs 8.971/94 e 9.272/96 – art. 226 § 3º da Constituição Federal, norma cogente de aplicação imediata – direito alimentário.

Passadas agigantadas empreendeu o legislador constitucional em tema de direito de família. Nesse sentido compreensível a frase emblemática de Yussef Cahali¹ *Ruíram-se as comportas, resta-nos recolher cacos*. *Cacos* já foram recolhidos como exemplificam as Leis nº 8.069/90 (E.C.A), nº 8.560/92 (investigação de paternidade de filhos havidos fora do casamento), a súmula nº 1 do S.T.J.² e, embora não *cacos*, mas edifício novo, edifica-se no tema união estável com as recentes Leis nºs 8.971 de 29-12-94 e 9.278 de 10-5-96. Entretanto, para que as pedras e

* Palestra proferida no “Curso de Atualizações Jurídicas”, promovido pela Procuradoria Geral do Estado, e Centro de Estudos, em Araçatuba – SP, PR-9, no dia 03-10-97.

¹ Palestra Proferida na Casa do Advogado em Bauru, em 1989, sobre *Constituição e Direito de Família*.

² *O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.*

tijolos utilizados pelos artesãos-cientistas a ornamentarem esse edifício do instituto da união estável não venham a ruir, recomendável um voltar d'olhos para trás, para, quem sabe, *cacos*, quiçá preciosos do velhusco concubinato possam ser reaproveitados.

Nesse *olhar para trás*, chama a atenção o zelo doutrinário à conceituação³, a quase nenhuma legislação pré-constituição de 1988 e uma jazida preciosa de criações pretorianas.

No estudo do conceito da união estável – art. 226, § 3º, da CF – convinável a fixação terminológico-conceitual do concubinato (sinonímia de uma união estável), a partir do sentido do verbo *concuborae* ou *concuboere* de deitar-se, encostar-se juntamente ou ao pé de. Lembrando diferenciar-se *concubinato* de *concubinagem*, e as prudentes observações de Soler⁴ - Muitas vezes a prostituição e o ato sexual irregular ou accidental podem confundir-se com o concubinato e de Howard⁵, o deboche acompanhado de coabitação escandalosa, tenha-se como quadrante de análise a expressiva colocação de Virgílio de Sá Pereira⁶. *A família é um fato natural. Não a cria o homem, mas a natureza. Quando um homem e uma mulher se reúnem sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, ali está uma família. Passou por lá o juiz, com sua lei, ou o padre, com seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural.*

Por isso, escreve Edgard de Moura Bitencourt⁷: *como esposa de fato, respeitável, em verdadeira posse do estado de casada, é que admito a designação de companheira à concubina honesta e de longa ligação com o homem que a respeita e impõe seu*

³ Assume contemporaneidade a pesquisa conceitual quando se constata a existência de duas legislações infra-constitucionais regulamentadoras do art. 226, § 3º da CF, e em tramitação o Projeto nº 2.686/96.

⁴ *Apud. O concubinato no direito*, de Edgard de Moura Bitencourt, v. 1, p. 111.

⁵ *Idem, ibidem.*

⁶ *Idem, ibidem.*

⁷ *O concubinato no direito*, cit., p. 115.

respeito a todos. E define Luigi Frossi:⁸ é a união estável do homem e da mulher, não ligados pelo vínculo matrimonial.

No que pertine ao quadro legislativo anterior à CF/88, a visão alcança o Código Civil brasileiro não ter erigido o concubinato a instituto jurídico, muito embora, aqui e ali, em prol do instituto do casamento, mencione-o. Tem-se, assim, o art. 248, IV e seu parágrafo único, ao ensejar à mulher casada reivindicar os bens do casal, móveis e imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina; art. 363, I, do Código Civil, ao autorizar aos filhos ilegítimos de pessoas que não tenham os impedimentos dirimentes absolutos ao casamento (art. 183, I a VI) a interposição de ação em face dos pais e seus herdeiros, pleiteando o reconhecimento da filiação, *se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai.*

Da legislação extravagante centrada no concubinato, surgida da realidade, da premência social, frente aos inúmeros casos de desquite (hoje, separação judicial) e à proibição de novo casamento, até a edição da Lei nº 6.515/77 (Lei do divórcio), importa mencionar o Decreto nº 2.681, de 7-12-12, sobre a responsabilidade civil das ferrovias; o parágrafo único do art. 21 do Decreto-Lei nº 7.036, de 10-11-44, legislação referente a acidentes do trabalho, ao dispor que a companheira mantida pela vítima tem os mesmos direitos do cônjuge legítimo, caso este não exista ou não tenha direito ao benefício, e sua menção como beneficiário conste de qualquer ato solene, como, por exemplo, constar da carteira profissional ou do livro de registro de empregados; a Lei nº 6.367, de 19-10-76, regulada pelo Decreto nº 79.037, de 24-12-76, ao regradar sobre seguro de acidente de trabalho.

Através desse quadro legislativo, complementado pelo labor jurisprudencial, pode-se concluir com Caio Mário da Silva Pereira⁹ existir atualmente uma doutrina mais ou menos assente sobre o concubinato. Presente este respaldo jurídico, insofismável

⁸ *Apud. O concubinato no direito*, cit., de Edgard de Moura Bitencourt, v. 1, p. 105.

⁹ *Instituições de Direito Civil; direito de família*, v. 5, p. 37.

a afirmação da existência de direitos e deveres concubinários. Ultrapassada a fase na qual em sede doutrinária ou jurisprudencial se negava qualquer efeito jurídico ao concubinato (RT, 259:150, 202:230, 188:407 e 165:694), acolhido e pacificado o entendimento em prol da defesa à relação concubinária, passam esses direitos a carecerem da prestação jurisdicional. Especificamente no que concerne ao direito alimentar na união estável, há em favor um dado histórico. Quando da elaboração da Lei nº 5.478/68, o Deputado Néelson Carneiro tentou incluir a companheira abandonada como beneficiária de alimentos. A condição era a de que se tratasse de companheira de homem solteiro, desquitado ou viúvo, que com ele vivesse há mais de cinco anos, ou houvesse prole, devendo ser provada a dependência econômica. Na exposição de motivos, informava o deputado que, em 1960, as uniões irregulares atingiam mais de seis milhões de pessoas. Uma análise crítica ao nosso Código Civil leva à observação do absurdo de o regime dotal de bens ser extensamente tratado, ao passo que o concubinato, realidade de milhões de brasileiros, ser solenemente ignorado pelo diploma civilístico.

O texto constitucional, ao enquadrar o concubinato como entidade familiar (art. 226, § 3º) e sobre ele cogitar em dispositivo pertinente à família, considerou-o como uma forma de família, e de família legítima, ainda que, é evidente, sem igualdade com a advinda do casamento, tanto que o referido § 3º prevê a conversão de concubinato em casamento. A Constituição Federal traçou a proteção à união estável pelo Estado. Como ensina Yussef S. Cahali¹⁰, com apoio em Mazeaud, o dever de alimentos tem como fundamento uma obrigação de caridade e solidariedade familiar. Está em sua base um dever ético de assistência e socorro, resultante do vínculo familiar. Se a Constituição passou a considerar o concubinato como entidade familiar, como forma de família, não há por que este dever de solidariedade não atuar igualmente entre os concubinos. O direito a alimentos diz com o direito mais fundamental e essencial de todos – o direito à vida, e

¹⁰ *Dos alimentos*, cit. p. 19.

à vida com dignidade. Está-se diante de princípio universal, não apenas moral, mas jurídico.

Já por razões, encontradiços acórdãos prolatados anteriormente à vigência de atual Constituição no sentido de ser *válido o contrato pelo qual, com o rompimento do concubinato, o companheiro se obriga a dar pensão à concubina* (TJSP, RT, 557:67). Também como ilustração, e antes da Constituição de 1988, acórdão publicado na RT, 564:110, no qual o juízo de primeiro grau julgou procedente pedido de indenização sob forma de pagamento mensal – indenização por serviços prestados, inclusive quanto à criação de filho do seu companheiro. O Tribunal reformou a decisão, acolhendo carência da ação, entendendo tratar-se de ação de alimentos.

Se se quiser dar rendimento ao mandamento do § 3º do art. 226 da Lei Maior, ter-se-á de acolher o direito a alimentos, o primeiro dos direitos, já que ligado à própria sobrevivência, sob pena de tornar inócuo o avanço constitucional, *data venia*, sem carecer de normatização específica.

Louváveis o descortino e a intrepidez dos Tribunais pátrios, antes e pós - Constituição de 1988¹¹, na abertura de caminhos ao reconhecimento dos direitos aos concubinos. O 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, nos Embargos Infringentes nº 33.03, de Amparo, julgados em 21-9-1987, figurando como Relator o Juiz Ricardo Credie, decidiu: *Em tese, a concubina, como mulher em qualquer casal, exerce in solidum a posse das coisas comuns com o companheiro. Falecido este, consolida-se nas suas mãos a posse de todos esses bens, independentemente da transmissão do*

¹¹ RE 60.657-GO, j. em 20-11-1970, 2ª., Rel. Min. Adalicio Nogueira: *Indenização devida à companheira*, RE 96.400-2-PRj. em 4-5-1982, 2ª., Rel. Min. Djaci Falcão: *Desde que a concubina prestou serviços domésticos, revelando dedicação ao trabalho do lar, durante o período de vida em comum, tornou-se merecedora de indenização, consoante a jurisprudência do STF*; TJGB, AC 1.004, j. em 7-10-75, 2ª. Câmara. Rel. Felisberto M. Ribeiro Neto: *Cabível dissolução judicial na sociedade de fato entre concubinos – como se apurar o valor da quota dos concubinos se houve aquisição de bens no nome pessoal de cada um*, TJRJ, AC 3.600/88, 1ª. Câmara, j. 2-5-1989, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito: *interpretação do parágrafo 3º do art. 226 da CF de 1988. Como tal, gozando da proteção do Estado (a união estável), está legitimada para os efeitos da incidência das regras do direito de família, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. Provada a união estável pela longa convivência comum é cabível a meação dos bens adquiridos na constância desta*.

domínio em procedimento de inventário ou arrolamento a quem quer que seja (Repro, 50:270-1). Espelha essa linha construtora acórdão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, sobre o legado e seguro de vida no concubinato, em face da nova ordem constitucional, que como obtemperou Voltaire Mansens¹², decisão da 4ª Turma, *sem se limitar ao hermetismo de regras defasadas abolorecidas do conservadorismo estanque*. Extrai-se do texto do acórdão: *Refletindo as transformações vividas pela sociedade dos nossos dias, impõe-se construção jurisprudencial a distinguir a companheira da simples concubina, ampliando, inclusive com suporte na nova ordem constitucional, a proteção à primeira, afastando a sua incapacidade para receber legado em disposição de última vontade, em exegese restrita do art. 1.719, III, do CC. Reforça Wagner Barreira¹³, Por força da norma do parágrafo 3º do art. 226 da CF, perdeu vigor a regra do inc. III do art. 1.719 do CC, no tocante à proibição de fazer o homem casado sua herdeira ou legatária a mulher com quem viva em união estável. Mesmo porque os dois formam, à luz da Constituição, uma entidade familiar, constitucionalmente amparada por uma proteção do Estado.*

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, admirável acórdão da Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, no julgamento de 20-12-90, pela Câmara, na Apelação Cível, nº 590.069.308, em que se cravou o seguinte *decisum*: *Com o advento da nova Carta Constitucional, que deferiu à união estável proteção estatal, comprovada sua existência, exsurge a obrigação alimentar entre ambos*. Elucidativa a decisão quando enfoca: *O concubinato mereceu a consagração constitucional, sob a denominação de união estável. Evidente não precisar o judiciário aguardar lei regulamentadora para definir os requisitos da união estável como nunca esperou para elaborar a sistemática do*

¹² Concubinato – legado e seguro de vida em face da nova ordem constitucional, RT, 657:240-2, de junho de 1990.

¹³ A Constituição de 1988 e a proibição de a concubina do testador casado ser nomeada herdeira ou legatária, RT, 670:19-27, de agosto de 1991.

concubinato. Reconhecida pelo demandado a existência da união entre ambos por cerca de 15 anos, e demonstrando a prova testemunhal que a mesma durante este período não desempenhou atividade lucrativa, pois criava os filhos do companheiro, vivendo atualmente em situação econômica precária, não há como deixar de reconhecer a obrigação alimentar.

Em resumo, a pretensão alimentar na união estável deflui da pretensão estatal outorgada pela Constituição. E mais, não obstante suficiente o texto constitucional, possível essa pretensão ser objeto de contrato entre os concubinos, ou de legado. Pensamento como o esposado por Áurea Pimentel Pereira,¹⁴ vendo a assemelhação da união estável ao casamento apenas na órbita previdenciária, não produzindo efeitos civis, nega até mesmo a criação jurisprudencial anterior ao advento da atual Constituição. Partícipes da tese permissionista aos alimentos na união estável, Sérgio Gischkow Pereira¹⁵, Mário Aguiar Moura¹⁶ e Arnaldo Wald¹⁷, o último esclarecendo ser da competência das Varas de Família as questões relativas à união estável.

À corrente a entender carecer a norma constitucional de regulamentação¹⁸ convém lembrar que a moderna doutrina constitucionalista – José Afonso da Silva, Geraldo Ataliba, Celso Ribeiro de Bastos¹⁹ entre outros – reage categoricamente contra a alegada falta de eficiência às normas constitucionais, até mesmo às programáticas.

¹⁴ *A nova Constituição*, cit., p. 25.

¹⁵ *A união estável e os alimentos*, RT, 657:17-24.

¹⁶ *Concubinato*, pp. 237-9.

¹⁷ *Curso de direito de família*, pp. 65-6.

¹⁸ Qualificando a regra jurídica do art. 226 como de eficácia contida, Carlos Alberto Direito, *da União estável como entidade familiar*, apud Stélio Bastos Belchior, *Obrigação alimentar*, p.32.

¹⁹ Apud Sérgio Gischkow Pereira, *A união estável e os alimentos*, RT, 657:21.

Lastreando-se em Eduardo Espínola, Boulanger, Georges Ripert²⁰ e Paulino Jacques²¹ ao caracterizarem o poder de desenvolvimento que pertence ao Poder Judiciário, referindo-se às normas de transformação, ditadas pelas exigências da vida moderna, Stélio Bastos Belchior²² configura como norma cogente de aplicação imediata o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, argumentando: *As leis se modificam com rapidez e o direito é julgado pela modificação de ordem formativa, atendendo ao interesse público, ao amparo de atividade individual, exercido em termos adequados ao bem da coletividade e da justiça social.* Referenda a tese da cogência e aplicação imediata da norma constitucional visualizar-se o processo como um organismo teleológico pensado por e para o valor de justiça, na frase de Jorge Peyrano²³, ou ainda ao ensino de Gelsi Bidart²⁴, em sua obra *La Humanización del proceso*, para quem o processo, ao contrário de um procedimento artístico ou de um jogo, que possuem fim em si mesmo, logra-se ou não sua finalidade, só se verá a *posteriori*, desde um ponto de vista da eficácia, valor jurídico de serviço ou de acesso fundamental para a realização da justiça que persegue o processo.

Nesse quadro teórico, há um elo incindível entre o valor de eficácia e o valor de justiça, em prol de uma concepção de socialização, de humanização da atividade jurisdicional. Com auxílio de Peyrano²⁵, pode-se afirmar que o valor de justiça funciona a modo de meta, de ímã a atrair, naturalmente, os nobres esforços do legislador, dos juízes e dos jurisdicionados. Todavia, para não se fixar a justiça num valor estático que se propõe adorar e desejar, coloca-se a eficácia da prestação jurisdicional entregue

²⁰ *Les Forces créatives du droit*, p. 393.

²¹ *Da Norma jurídica*, p. 37.

²² *Obrigações alimentares*, cit., p. 32.

²³ *Medida cautelar inovativa*, cit., p. 5.

²⁴ *Apud* Jorge Walter Peyrano, *Medida cautelar inovativa*, cit., p. 5.

²⁵ *Medida cautelar inovativa*, cit., p. 6.

ou a ser entregue como o instrumento à trajetória única na ríspida rota para o atingimento do ideal de justiça. Os jurisdicionados de hoje não se contentam com uma justiça pro forma ou com sentenças líricas.

II – A LEI Nº 5.478/68 E A UNIÃO ESTÁVEL – LEIS Nº 8.971 DE 29-12-1994 E Nº 9.278 DE 20-5-1996

Dispõe o art. 7º da Lei nº 9.278 e 10-5-96, que, *dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que necessitar a título de alimentos*. A seu turno, a Lei nº 8.971 de 29-12-94, na parte final do *caput* do art. 1º, faculta à companheira, ou ao companheiro (parágrafo único), enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade, a via processual da Lei nº 5.478 de 25-7-68, para veicular sua pretensão alimentária. Ao intérprete põe-se como interrogação primeira a possível interação entre ambas as reações, uma complementado a outra, ou quiçá a provável derrogação. Teria o legislador de 1996 pretendido apenas explicar a expressão *assistência material*, prevista no art. 2º, inc. II da mesma Lei, como sinonímia de *alimentos*, ou ao normatizar que *será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar*, tornando, pois, apenas a necessidade como condição única da causa de pedir, teria derogado em parte a norma de 1994? E mais: há sobrevida à Lei nº 9.278/96 o rito da Lei Especial de Alimentos? Há sobrevida, igualmente, à exigibilidade de *não constituição de nova união*? E se afirmativa a resposta a esta última pergunta, qual a inteligência de *nova união*? Seria *nova união estável*?

Porque tema delicado, já por se incrustar em seara de direito de família, já pelo estigma constitucional e ligado à própria subsistência, como o é, o tema *alimentos* deverá o exegeta recear *resposta pronta*. Para tanto, em benefício de uma análise percuciente, imperiosa uma observação em especial quanto ao discurso judiciário concernente aos critérios para a concessão de alimentos entre cônjuges. No prestigioso estudo *Algumas reflexões sobre a figura/personagem mulher em processos de*

família das autoras Flávia Piovesan, Beatriz de Giorgi e Silvia Pimentel²⁶, frisada foi a idéia de ser tendência predominante dos julgados a relação direta e exclusiva entre a obrigação alimentar e a conduta moral da mulher, sendo quase nula a relação entre a obrigação alimentar e o estado de necessidade da alimentada. Expressivo o julgado citado pelas pesquisadoras acerca de pedido de pensão alimentícia no caso de uma mulher que vivia um estado de miserabilidade completa, vendendo coisas que encontrava no depósito de lixo. Constatou-se o acórdão negatório à pretensão, como fundamentação:

Se é pobre, a autora não é inocente e seu procedimento irregular é suficiente para obstar-lhe a pretensão – RT – 433/137 – ano 1971.

Numa linha evolucionista, perpassando pelo teor do art. 320 do Código Civil²⁷, revogado pela Lei do Divórcio²⁸, e por esta última influenciados, nos idos de 1987, encontradas decisões condicionadoras apenas à necessidade do cônjuge a concessão do direito a alimentos. Exemplar o acórdão inserto na RT – 643/66, transcrito no trabalho de pesquisa mencionado, *in verbis*:

Alimentos – Pensão alimentícia – Exoneração – Insustentabilidade da obrigação pretendida pelo marido com fundamento em argumento de ordem ética consistente na liberdade sexual da mulher – inadmissibilidade – Direito apenas condicionado à necessidade do alimentado e à coabitação e fidelidade recíproca extintos com a separação, mas não o de mútua assistência. (RT – 643/66).

E desenvolve o julgado na argumentação: *Nenhuma norma jurídica explícita ou implícita, condiciona a subsistência do*

²⁶ Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo nº 40, dezembro de 1993, pp. 69/79. Foram analisadas pelas autoras, como objetos de estudo, cento e quatorze (114) decisões judiciais proferidas em casos de Direito de Família, selecionadas e publicadas pela Revista dos Tribunais.

²⁷ Art. 320 do Código Civil: *no desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia que o juiz fixar.*

²⁸ Art. 19 da Lei nº 6.515/77: *O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se necessitar a pensão que o juiz fixar.*

direito a alimentos à abstinência sexual do titular, cuide-se ou não de mulher separada, a qual enquanto coexistam a necessidade de pensão e a possibilidade do devedor de prestá-la – os dois únicos requisitos extremos que a lei enuncia como elementos de suporte fático (arts. 399-401 do CC) – continua investida na condição de credora, a despeito de reparos que se lhe oponham à vida sexual ou afetiva, área de sua indevassável intimidade (...).

Castidade da mulher separada – e, por coerência, há de se dizer: do cônjuge separado, homem ou mulher – não é pois requisito, pressuposto, condição nem elemento legal do direito a alimentos (...) O direito a alimentos não foi nem é concebido como recompensa normativa a determinadas virtudes morais, senão que atende a uma exigência primária da solidariedade humana, no projeto histórico de convivência ética, em cuja perspectiva não podem certas pessoas, ligadas por vínculos de sangue ou por laços afetivos industrializados, deixar de socorrer, na proporção dos bens supérfluos, quem se encontra na radical necessidade de sobrevivência biossociológica.

Ora, se a tendência marcada pela legislação divorcista centra-se na necessidade, aliás em harmonia com os princípios estruturantes do direito a alimentos no binômio necessidade-possibilidade, ao intérprete das legislações alimentárias à união estável caberá espelhar-se nos avanços advindos da construção pretoriana, retrato que é do direito vivo. Nessa linha de raciocínio desprezíveis critérios subjetivistas, discriminatórios, estereotipados em rançosa ideologia conservadora, traduzidos em retórica carregada de pré-moldados papéis sociais²⁹, muitas vezes traduzindo violência simbólica, fruto de um discurso social e jurídico de dupla moral. Iriam os operadores do Direito neste momento de construção do painel jurídico dos agora chamados conviventes, no qual a

²⁹ São exemplificativas: *mulher inocente, mulher recatada* (a mulher pelo seu próprio sexo, é obrigada a guardar maior recato – RT – 459/183) *mulher cândida* (mas as moças de hoje não têm paciência, não têm renúncia, não temem a Deus (...)) *mas esta (esposa) deve sempre ser o símbolo da candura, da harmonia, da paz, da bondade, porque nisso é que está a maior força da mulher* (sic) – RT – 415/70) – *apud Algumas reflexões sobre a figura/personagem mulher em processos de família* – Rev. PGE/SP, dez. 1993 – v. 40: pp. 71/72.

pretensa exegese analógica ao direito alimentário aos cônjuges põe-se como frutífera, retroceder agregando à compreensão dos textos em tela a fala do legislador crivada de dados além da suficiente e pura *necessidade*? Propõe-se como indesejável, desmoldado ao *viver diário* semelhante retrocesso. Com a Lei nº 9.278/96 evoluiu o legislador acolhendo a linha de frente, rente à realidade em tema alimentário, derrogando a parte final do art. 1º da Lei nº 8.971/94.

Ademais, dimanada de uma interpretação prudente e oportuna³⁰ quisesse o art. 7º da Lei nº 9.278/96 apenas fixar o alcance da expressão *assistência material*, supérflua a redação *...por um dos conviventes ao que dela necessitar...*, pois suficiente seria prescrever que a assistência material prevista nesta lei será prestada a título de alimentos. A esclarecer a necessidade, posto que dispensável, pois ínsita à pretensão alimentária, pretendeu a nova lei expurgar o pressuposto da não constituição de nova união.

Aliás, em linearidade com a doutrina clássica da revogação das leis. Colacionando o ensino de Santiago Dantas³¹. *O comum, porém é a norma jurídica só perder a sua eficácia quando uma outra norma vem revogá-la (...) A revogação tácita, essa ocorre todas as vezes em que a lei nova dispõe sobre a mesma matéria da lei antiga, caso em que as duas disposições sendo incompatíveis, entra em vigor a nova e perde vigor a anterior.*

Poder-se-ia, como contra-argumento, entender-se, mesmo se vigente somente a regra alimentar do art. 7º da Lei nº 9.278/96, extrair-se a manutenção do pressuposto da *não constituição de nova união*, por harmonia à sistemática da Lei do Divórcio – Lei nº 6.515 de 26-12-97 ao dispor no art. 29 que: *o novo casamento do*

³⁰ Advertidos da *não obediência cega a dogmas tradicionais e no emprego, não pensado e não consciente dos textos romanos* (Vander Eycken – Méthode Positive de l'interprétation Juridique, 1907, p. 19, *apud Hermeneutica e aplicação do Direito*, Carlos Maximiliano, p. 242), aperfeiçoadas à análise as parênteses: *Inclusione unis fit exclusio alterius* (A inclusão de um só implica a exclusão de quaisquer outros), *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (Quando a lei quis determinou; sobre o que não quis guardou silêncio).

³¹ Programa de Direito Civil Parte Geral, pp. 107/108.

cônjuge credor da pensão extinguirá a obrigação do cônjuge devedor. Contrariedade a tal mandamento legal importaria em premiar a união estável em desfavor ao casamento, comprometendo o propósito da Lei maior da conversão daquela neste, e fazendo eco às argumentações *ad terrorem* a alardearem o desprestígio, quiçá a derrocada da instituição do casamento. Dessa forma, correto trazer-se *ipsis litteris* a mandamentalização do art. 29 da lei divorcista à tela da união estável. Mas reflita-se: não se cuidando de *novo casamento*, mas de *nova união*, o raciocínio será o mesmo? Não é tão simples a resposta. Qual o significado de *nova união*? Será estarem ambos sob o mesmo teto³²? Será estarem juntos em lugares públicos? Com frequência? Será o *viver more uxorio*? Será uma nova união estável ou uma nova união não estável? Sabedores que a própria configuração da entidade familiar na dicção da lei – *convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família* – requererá, quase sempre, juízo probatório complexo, com apego a vasto campo probatório, perceptível poder acentuar-se, consideravelmente, na demanda alimentária, a cognição para a formação da convicção do juiz, haja vista não for de plano, documentalmente comprovada a entidade familiar entre demandante e demandado, e, da mesma forma, de plano, documentalmente a alegada nova união estável³³, por parte do pretense devedor de alimentos. Por todas essas dificuldades, deve-se dar ao art. 7º da Lei nº 9.278/96 uma constituição mais arrojada e ambiciosa, escancarando novas frentes hermenêuticas. O legislador dos conviventes foi fiel aos mais vanguardeiros

32 O Grupo de Trabalho constituído pela Portaria PAJ 47/96, e coordenado pelo Procurador do Estado Jean Jacques Erenberg, no Relatório Conclusivo sobre a união estável, no tópico *convivência*, relata: *Via de regra, interpreta-se a exigência de convivência como coabitação, o convívio sob o mesmo teto, o amalgamento das vidas dos conviventes, no entanto, nem mesmo o casamento deixa de estar caracterizado quando, por circunstâncias especiais, o casal vive em residências separadas sem porém, abandonar o estado de convivência moral.* (...) A propósito, a maior parte da doutrina já não mais coloca o elemento coabitação como essencial (mas sim desejável) para caracterizar a relação concubinária. Também o STF através as Súmula 382, estabeleceu (antes da edição da Lei da união estável) que: *A vida em comum, sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato.*

33 Aconselhável a interpretação *nova união estável*, sob pena de qualquer relacionamento ligeiro, passageiro, servir para obstaculizar a pretensão alimentária ou a sua permanência.

modelos legislativos, mormente em relação aos arts. 1º e 7º. O discurso legislativo é elaborado com expressões abertas, tal qual convém, em regra, aos temas familiares. Convivência *duradoura*, *pública contínua*, *constituição de família*, *necessidade*, são tópicos (*topoi*) do discurso jurídico³⁴, permissíveis ao juiz (especialmente o de primeiro grau)³⁵, ao formular a norma jurídica concreta³⁶, enveredar o raciocínio liberto pelas ramas dos desconexos, desconstruídos e plúrimos aspectos psicológicos – antropológicos – sociais, em busca da realização da ordem jurídica justa. Sinaliza a lei última da entidade familiar, deverem os operadores e consumidores de justiça confiar no juiz. Ao juiz, rente ao viver diário, ao compartilhar, em prol da sua mitigação, das angústias sociais, caberá transmudar, qual magia, a letra morta da lei em entrega do bem maior – decisão justa – àqueles que, nos pólos da relação jurídica processual participam do penoso jogo judicial. Palavras de ordem, neste momento histórico de profundas transformações, são: 1) Discurso legislativo com termos abertos; 2) Confiança no Poder Judiciário.

Pensar que amarras legislativas com expressões objetivas³⁷, matemáticas, meticolosas³⁸, numéricas³⁹, conduzirão inexoravelmente à justiça e à harmonia social, é ledó engano. A vida não tem padrões exatos e especialmente em ações de direito de família, somente o juiz auxiliado pelas partes, pelos advogados, ministério

³⁴ Pensamento problemático de Theodor Vieweg. *Tópica e Jurisprudência*. Não necessariamente presentes todos os vetores de aferição. São elementos orientadores, exemplificativos para a aferição pelo juiz do estado de conviventes em união estável, sob pena de inconstitucionalidade.

³⁵ Preponderante é a tarefa do juiz de primeiro grau decorrente do contato direto com as partes, permitindo-lhe melhor aferição da sinceridade ou maldade, apreciação das partes, dos fatores econômicos e sociais, conjunturais da região além de outros fatores.

³⁶ Conceito Kelseniano de sentença.

³⁷ Por exemplo prole, solteiro(a), viúvo(a), divorciado(a).

³⁸ Com apoio em Chironi & Abello, leciona Carlos Maximiliano: *Obscuras ou claras, deficientes ou perfeitas, ambíguas ou isentas de controvérsias, todas as fases jurídicas aparecem aos modernos como suscetíveis de interpretação, ao reputar a máxima in claris cessat interpretatio, apontado-a como sem nenhum valor científico*. Op. cit. p. 33.

³⁹ Por exemplo ...que com ele viva há mais de cinco anos... (Lei nº 8.971/94, art. 1º, Caput).

público, atento à sua sensibilidade, cultura e visão crítica-social, poderá realizar o Direito. Por conseguinte, infeliz a redação do art. 1º da Lei nº 8.971 de 29-12-94, derogado pelos arts. 1º e 7º da Lei nº 9.278 de 10-5-95. Legislação esta merecedora de aplausos por retratar a novel roupagem legislativa evolucionista. Quanto a menção à Lei nº 5.478/68 na Lei nº 8.971/94, extirpada do texto de 1996, compreensível a opção desta lei, e portanto, não referendável a sua subsistência. Explique-se: Ao exegeta, como pergunta número um, põe-se se acertada essa extirpação. Por que a lei de 1996 não repete a indicação do leito processual da Lei Especial de Alimentos? Não repetiu porque quis corrigir, esta a resposta mais feliz. De fato limitativa aos conviventes com pretensão alimentar a definição do caminho processual da Lei 5.478/68, como fez a lei anterior de 1994 em seu art. 1º, parte final. Como condição de procedibilidade exige a Lei de Alimentos prova de plano da obrigação alimentar. Inexistindo, como ocorre comumente, fechada estará essa via procedimental. A textualidade da Lei de Alimentos no corpo do *caput* do art. 1º da Lei nº 8.971/94 obriga o intérprete a refletir se a *mens legis* impediria o pedido alimentar quando não presente *prima facie* a prova da entidade familiar. Expressiva, a propósito, a doutrina de Francisco José Cahali⁴⁰, *Aliás, analisado o art. 1º, supratranscrito, com o mínimo rigor técnico-sistemático, ter-se-ia como impedida a utilização de outros meios processuais tendentes à obtenção de alimentos pela companheira, pois o direito concedido foi expressamente, e com exclusividade, apenas para o interessado valer-se da Lei nº 5.478/68. Todavia, o bom senso e a análise sistemática recomendam seja superada a impropriedade técnica, orientando a interpretação no sentido de ter norma inovado o sistema jurídico para conferir aos companheiros o direito material a alimentos, embora inadequada a fixação exclusiva do caminho processual indicado. Não guarda o contexto do art. 7º da Lei nº 9.278/96, natureza processual. Cria-se no sistema jurídico o direito material a alimentos, com um único requisito, a necessidade. Assim o fazendo, abertos se puseram todos os*

⁴⁰ União estável e alimentos entre companheiros, p. 95.

*caminhos processuais possíveis, sem qualquer fadiga àquele, que postular em juízo, pois afastada estará a interpretação estruturada em rígida ortodoxia procedimental. Quais as possíveis vias processuais? Irrepreensível começar-se com a mencionada Lei Especial de Alimentos. Reza o art. 2º, dever o peticionário, expondo suas necessidades, provar o parentesco ou a obrigação alimentar do devedor. Trasladando para a união estável, a prova da convivência duradoura, pública, contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de deverá ser feita *initio litis*. À pergunta, o que pode ser prova pré-constituída da existência de união estável? Responde o grupo de Trabalho da Procuradoria-Geral do Estado⁴¹ em seu relatório conclusivo:*

A prova pré-constituída do relacionamento estável pode ser uma sentença de reconhecimento de sociedade de fato, uma declaração de próprio punho do réu reconhecendo a união estável entre as partes, a inclusão do convivente como dependente junto à Previdência Social, a inclusão do patrimônio de um convivente no nome do outro (art. 57, §§ 2º e 3º da Lei de Registros Públicos), certidão de casamento religioso, certidão de casamento no exterior não homologado no Brasil, declaração de dependente junto à Receita Federal (Imposto de Renda), acordo extrajudicial, justificação judicial (art. 861 e seg. do CPC) etc.

Preenchida, pois, essa condição de procedibilidade – prova da obrigação alimentar na união estável – o juiz, nos termos do art. 4º *fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita*, sendo os mesmos devidos até a decisão final, com inclusão do recurso extraordinário (§ 3º do art. 13).

Não apresentada, desde logo, com a petição inicial, prova da obrigação alimentária ao convivente, redundará o ato decisório *ab initio* do juiz em sentença com fulcro no art. 267, inc. VI – Carência de Ação? É verdadeiro ser torrencial o número de acórdãos a responderem afirmativamente, sob o refrão sem prova pré-constituída da obrigação alimentar, não cabe, com o rito

⁴¹ Ver. nr. nº 36.

previsto na Lei nº 5.478/68, a ação de alimentos,⁴² mas não se desconhece em pólo minoritário, posições divergentes,⁴³ e algumas sugerindo, em não apresentada prova pré-constituída, a tolerância do rito especial sumário desde que não concedidos os alimentos provisórios.⁴⁴ De qualquer forma, a escolha do procedimento comum ordinário é incontestável. Aliás, visto supra, anteriormente às Leis nºs 8.971/94 e nº 9.278/96, em apoio à tese possibilista à concessão de alimentos na união estável, ser cabível a interposição da ação de alimentos através do procedimento comum ordinário. Reflexão diferenciada e que se faz necessária, circunscreve-se à inovação da tutela antecipatória. Soam vozes com proposta negativista alicerçando-a no dogma da irrepetibilidade dos alimentos. Urge detença a essa questão. Instituto novo no sistema pátrio advindo da lei reformista do Código de Processo Civil nº 8.952/94, por si só apresenta dificuldades. Por outro lado, o instituto da união estável, com *status* constitucional, só agora ganha configuração própria. Caracterizando-se a antecipação dos efeitos da tutela à inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, agilmente surge a conclusão, num raciocínio silogístico, tendo a irrepetibilidade dos alimentos como premissa menor, da inadequação do art. 273 do CPC às pretensões alimentares. Todavia, porque o Direito não se apraz com criações resultantes meramente da lógica formal, porque o jargão da irrepetibilidade dos alimentos, malgrado não assentar-se em nenhuma norma jurídica⁴⁵, fez escola; porque matéria de debates acadêmicos, ser a nível jurídico ou fático a não irreversibilidade exigida na tutela antecipatória, justificáveis enfoques diferenciados. Superado o tabu da irrepetibilidade dos alimentos,

⁴² Nesse sentido: RJTJ 11/268; RTJ 69/434; RJTJESP 50/32; 113/48.

⁴³ Nesse sentido: RJTJESP 45/56, 64/44.

⁴⁴ Nesse sentido, RJTJESP 60/38.

⁴⁵ A fonte do cacoete da irrepetibilidade está no aforisma romano, *Mulier se in ea opinione sit, ut credat se prodote obligatam, quid – quid dotis nomine dederit nom repetit: sublata enim falsa opinione relinquatur pietatis causa, ex que solum repetit, nom potest* (L. 32 parágrafo 2, D, de *condictione indebite*, 12, 6).

porque crível a tese da repetição dos alimentos, quando indevidos, frutos da má fé⁴⁶ e a acarretar locupletamento ilícito, implausíveis em uma Ordem Jurídica; superado porque, ademais, mais escorreita a teoria pontificada por Hélio Tornaghi⁴⁷ Washington de Barros Monteiro⁴⁸ Roberto Tomaz Arruda⁴⁹, Orlando Gomes,⁵⁰ entre outros,⁵¹ da natureza patrimonial da obrigação alimentar, entendível mais facilmente, quando recordadas suas origens a não se cingirem aos quadrantes Direito Familiar, alongando-se a outros ramos, como os alimentos do contrato do testamento e do ato ilícito – arts. 1537, II e 1539 do Código Civil – remanesce o questionamento posto. Considerando-se eixo gravitacional, dado estigmatizante da tutela antecipatória a *prova inequívoca*, a possibilitar, inclusive, traçado diferenciativo com a tutela cautelar, uma dúvida, desde logo se apresenta. Consistirá essa *prova inequívoca*, prova de *certeza*? Se assim o for, nada restará no pórtico da demanda ao convivente autor da ação de alimentos, cumulada com ação declaratória do estado de conviventes ou optando pela declaratória incidental proposta com rito ordinário. Poderá marchar fase a fase no modelo processual sem antecipar sua pretensão de mérito. Realmente. Possuindo prova de certeza, correto o procedimento especial da Lei nº 5.478/68, com a concessão imediata dos alimentos provisórios. Conquanto possa no curso do procedimento ordinário, a todo tempo, mesmo após a sentença, obtida uma prova de certeza, requerer o autor (ou o réu em ação reconvenção) a antecipação dos efeitos da sua pretensão alimentar, ou seja, alimentos

⁴⁶ Doutrina Ernani Fidelis dos Santos: *Provou-se, por exemplo, na ação de conhecimento, que o casamento da autora com o réu nunca existiu; falsa era a certidão, ou, então, que a esposa reclamante tinha rendas superiores a do marido reclamado, casos em que pode o prejudicado simplesmente pedir a devolução do que foi pago, como forma de ressarcimento.* (Manual de Direito Processual Civil, v. 2, pp. 371/372).

⁴⁷ Comentários ao Código Processo Civil, v. 1, p. 315.

⁴⁸ Curso de Direito Civil, direito de família, p. 274.

⁴⁹ O direito de Alimentos, p. 23.

⁵⁰ Direito de Família, p. 412.

⁵¹ Ilustrativo o Acórdão da Suprema Corte publicado na RT – 633/228.

provisórios, *prova inequívoca* não é sinonímia de cognição exauriente, satisfativa, plena.

Propõe a melhor doutrina prova de probabilidade. Nesse sentido, os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco⁵², *in verbis*:

Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança de que a mera verossimilhança.

Por essa linha de pensar conjecturável a possibilidade de invocação da tutela antecipatória para os alimentos aos conviventes no trilho do procedimento comum ordinário, havendo juízo de probabilidade,⁵³ um *minus* em relação à prova de certeza e um *plus* ao *fumus* da tutela cautelar.

Na falta da prova de probabilidade, mas existente prova de verossimilhança, de plausibilidade da estabilidade da união, aberto estará o processo cautelar para a pretensão alimentária nos moldes da figura nominada dos alimentos provisionais (arts. 852 a 854 do CPC), invocando-se a situação de perigo, *periculum in mora*, e a fumaça do direito, *fumus boni iuris*, condições de procedibilidade ínsitas à tutela cautelar preparatória ou incidental.⁵⁴

⁵² A reforma do Código de Processo Civil, p. 145.

⁵³ Tentemos hipóteses: talvez um filme comemorativo de anos de convivência com falas elucidativas quanto ao evento; uma homenagem pública a um dos conviventes com retórica alusiva à convivência de ambos.

⁵⁴ Escrevemos em nosso *Alimentos Provisionais*, pp. 151/152: *Frisada a natureza cautelar para os alimentos provisionais, consequência natural a possibilidade de a ação cautelar anteceder a acautelada ou de ser-lhe incidental. Apegam-se, alguns autores na literalidade dos incs. I e II do art. 852 do Código de Processo Civil para negar a cautelar antecedente. Humberto Theodoro Júnior (Processo Cautelar, cit., p. 317) explicita: No entanto, como acessório da ação principal (ou seja, desde o despacho da petição inicial, conforme art. 852, nº II). Não há, portanto, alimentos provisionais preparatórios diante da ação principal de alimentos, mas apenas incidentais. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (Comentários, cit, p. 231), com argumento impróprio, expõe apresentar-se totalmente privada de significado prático a restrição temporal, porque a parte sempre poderia se socorrer da tutela cautelar inominada, ainda antes da pendência da lide principal, atingindo o mesmo resultado.*

Com relação às outras figuras cautelares, as específicas às relações familiares, desde logo aplicáveis, haja vista que a tônica do direito de família, se inicialmente controversa, hoje, tranqüila ante a textualidade do art. 9º da Lei nº 9.278/96, atribuindo competência ao juízo da Vara de Família. Assim, a posse em nome do nascituro; a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge ou *convivente* e dos filhos; a posse provisória dos filhos nos casos de dissolução da união estável; afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais; afastamento temporário de um dos cônjuges ou *conviventes* da morada do casal; a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita. Também outras figuras cautelares nominadas no CPC, enquadráveis à relação familiar estável. Com o intuito meramente ilustrativo, utilizáveis a justificação (art. 861 a 866), arrolamento de bens (arts. 855 a 860); produção antecipada de provas (arts. 846 a 851); da exibição (art. 844 a 845); busca e apreensão (arts. 839 a 843); do seqüestro (arts. 822 a 825), afora o extenso campo das figuras inominadas decorrentes do poder geral de cautela.

Relativamente à posse em nome do nascituro, *missio in possessionem ventris nomine*, na esteira do ensino de Ovídio A. Baptista da Silva,⁵⁵ importa distinguir a hipótese em que a mulher necessite provar o estado gravídico com outra finalidade que não a defesa dos direitos do nascituro, como, por exemplo, no caso de o instituto de previdência recusar-lhe algum benefício que tenha tal estado como pressuposto quando apropriada seria a figura da justificação. Havendo herança, legado ou doação que se deva atribuir ao nascituro, apropriada a posse em nome do nascituro. Escreve o mesmo mestre, em obra publicada em 1993, portanto anteriormente às legislações da união estável, a pertinência dessa medida cautelar à concubina,⁵⁶ arrolando como partícipes da idéia: Theodoro Júnior⁵⁷, Sérgio Fadel⁵⁸, Alexandre de Paula⁵⁹,

⁵⁵ *Curso de Processo Civil*, v. III, pp. 280/281.

⁵⁶ *Op. cit.*, pp. 281/282.

⁵⁷ *Comentários*, p. 366.

⁵⁸ *Código de Processo Civil comentado*, p. 314.

⁵⁹ *Código de Processo Civil anotado*, v. III, p. 635.

José Ribeiro Leitão⁶⁰, Marcos Afonso Borges⁶¹ e Pontes de Miranda⁶². São suas palavras:

A questão pertinente à legitimidade da concubina para a ação de imissão na posse em nome do nascituro, no direito brasileiro, alterou-se em virtude do texto inserido na Constituição Federal, dispensando proteção à união estável (§ 3º do art. 226), no mesmo nível da família legítima. Parece certa, com efeito, a atribuição de legitimidade à concubina para o exercício de tal ação quando ela goze desta condição, mesmo porque, de outro lado, a Constituição suprimiu qualquer diferenciação de tratamento jurídico entre os filhos, sejam eles havidos de relação de casamento ou não (...). Sendo assim, não vemos como restringir o sentido da expressão de que se utiliza o legislador no art. 877 para limitar a legitimação apenas à viúva, ou aos casos em que exista matrimônio legítimo, excluindo a concubina como legitimada para a ação (grifo do autor).

No concernente à guarda e educação dos filhos e direito de visitas, que compõem o leque das relações jurídicas entre pais e filhos, hoje regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13-7-90, art. 53, que dispõe sobre o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer), igualmente extensível à união estável. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira⁶³, doutrina poder ter a medida prevista no art. 888, VII, no que respeita à disciplina do direito de guarda do filho menor, caráter autônomo, quando, por não serem casados os cônjuges, não houver ação matrimonial a ser ajuizada.

Sobre o arrolamento de bens, ao cuidar da legitimação, Humberto Theodoro Jr.⁶⁴, especificamente alude às situações de concubinato, hoje, união estável, *in verbis*:

⁶⁰ *Direito Processual Civil*, p. 78.

⁶¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV, p. 98.

⁶² *Comentários*, v. XII, p. 378.

⁶³ *Comentários*, p. 654.

⁶⁴ *Processo Cautelar*, p. 330.

Para legitimar-se ao interessado há de ser titular: a-(...)

b – de um interesse relativo a um direito que possa ser declarado em ação própria, como a do cônjuge que demanda a dissolução da sociedade conjugal, a do sócio que pede a dissolução comercial ou mesmo de uma sociedade de fato, como por exemplo, nas situações de concubinato e outras similares. (1º grifo do autor, 2º nosso).

Temática interessante, mormente porque há entre as leis regulamentadoras do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, lapso temporal de pouco mais de dezesseis meses, evidencia-se na possibilidade de retroatividade dessas legislações.

O princípio da não retroatividade no Direito pátrio, ao contrário de outros países que se resume a apenas uma regra de hermêutica a guiar o juiz na aplicação da lei, tem *status* constitucional. Presente na Constituição de 1891 (art. 11, § 3º), repetido nas Constituições de 1934 (art. 113, nº 3), de 1946 (art. 141 § 3º), de 1967 (art. 150, § 3º), e Emenda nº 1 de 1969 (art. 153, § 3º), e na atual (art. 5º, XXXXVI), somente a de 1937, de triste memória, possibilitava a edição de leis retroativas. Sob o refrão *A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*, extraímos serem retroativas apenas as leis que prejudicarem direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos ou casos julgados na lição de J.M. Carvalho Santos⁶⁵, complementando: *Fora daí, assevera Espíndola, a lei nova poderá regular as consequências dos fatos ocorridos na vigência da lei anterior, sem que, por isso, se diga retroativa. Não há regra e exceção; porém um princípio elevado que rege todos os casos, na expressão de Paulo Lacerda. Clóvis Bevilacqua*,⁶⁶ no mesmo diapasão, explicita: *Assim, quando a Constituição declara que nenhuma lei terá aspecto retroativo, ordena aos legisladores ordinários que respeitem os direitos adquiridos, não perturbem os atos já perfeitos e acabados e deixem que a coisa julgada produza os seus naturais efeitos.* Após frisar o mesmo autor ser o princípio

⁶⁵ Código Civil Interpretado, v. I, p. 40.

⁶⁶ Teoria Geral do Direito Civil, pp. 26 e 27.

da não retroatividade um princípio de proteção individual, estabelece algumas regras auxiliaadoras às dificuldades dos casos concretos, das quais se pode pinçar as leis relativas ao estado e as capacidades pessoais. Sobre elas propõe que: *desde que se tornem obrigatórias, aplicam-se aos que se acham nas condições a que elas se referem*, e com apoio em Laurent, Chioni e Huc, expõe que: *As leis relativas ao estado e à capacidade das pessoas são de ordem pública, e, por essa razão, o direito anterior lhes cede o passo, desde que elas começam a imperar; diante delas curva-se o princípio da persistência do direito existente*. Centrada em idêntica doutrina a professora Maria Helena Diniz:⁶⁷ *as leis sobre direito de família são irretroativas, exceto as alusivas aos direitos pessoais puros*⁶⁸. Do exposto, persceptível a natureza de leis relativas ao estado das pessoas, no caso dos conviventes em união estável, às Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96. Por conseguinte, não invocável respeito ao direito adquirido, apanhando a Lei nº 9.278/96 aos que se acham nas condições a que ela se refere. Numa só palavra, esta lei é retroativa, de sorte que se A conviveu com B (homem e mulher), há mais de cinco anos, ou existindo prole desse relacionamento no período de vigência do art. 1º da Lei nº 8.971, não estará A legitimada à pretensão declaratória da união estável após a data da entrada em vigor da Lei nº 9.278/96, sob a alegação de pretensão direito adquirido. Legitimada estará sim, para na demonstração dos requisitos da convivência duradoura, pública e contínua, com um homem, estabelecida com o objetivo de constituição de família, como quer o art. 1º da última lei. Da mesma forma, nas ações propostas sob a égide da lei de 1994 cujo art. 3º exigia a comprovação da colaboração do(a) companheiro(a) para que houvesse direito à metade dos bens, e ainda em curso a ação, aplicada será a presunção legal do art. 5º

⁶⁷ Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, p. 197.

⁶⁸ Explica De Plácido e Silva, que os direitos pessoais em regra concernem aos seus estados de capacidade, de família, ou se referem aos direitos políticos, e tomam, às vezes, a designação de personalíssimos por se mostrarem direitos puramente individuais, incidentes na própria personalidade humana, e protetores da vida, da liberdade, e da honra. *Vocabulário Jurídico*, v. II, p. 542.

da lei de 1996, destrutível existente estipulação em contrário, e invertendo o ônus probatório.

À guisa de momentânea suplantação dos complexos questionamentos em torno dessas duas legislações regulamentadoras da união estável, imperiosa a menção ao Projeto de Lei nº 2.686 de 1996. Dificuldades às respostas sobre o direito a alimentos aos conviventes sob o mesmo teto, a questão da união estável putativa, adulterina, do casamento contratual, entre outras, sugerem oportunidade num segundo momento, quiçá em nível de estudo monográfico. O Poder Executivo, fulcrado no art. 61 da CF enviou à Câmara dos Deputados, em 24-12-96, a mensagem nº 1.447/96, acompanhada de exposição de motivos, pertinente ao texto de projeto de lei que Regulamenta o § 3º do art. 226 da CF, dispõe sobre o Estatuto da União Estável e dá outras providências. Este projeto de lei, nº 2.686/1996, foi elaborado por comissão constituída entre outros, pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça, Waldemar Zveiter (a quem coube a Presidência) e Carlos Alberto Direito; pelo Professor Arnoldo Wald, catedrático de Direito Civil da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ (Coordenador e Relator); pela representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Drª Rosiska Darcy de Oliveira, pela juíza do Tribunal Regional da 3ª Região, Drª Anna Maria Pimentel. Contribuições foram apresentadas, entre outros, pelo Instituto dos Advogados do Brasil – IAB e de Professores e Juristas consagrados como, por exemplo, Miguel Reale, Álvaro Vilaça, Silvio Rodrigues e os Desembargadores Yussef Cahali, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo e Walter Ceneviva.

Revogando no art. 13, textualmente, as Leis nº 8.971 e nº 9.278, destacam-se alguns dados desse Projeto a saber:

- a) retorna a denominação *companheiros* da Lei nº 8.971/94;
- b) recria o período de convivência superior a cinco anos (art 1º), que poderá ser reduzido a dois anos quando houver filho comum;
- c) exige no conceito da união estável *mesmo teto, não impedimento do matrimônio ou separados de direito ou de fato os respectivos cônjuges*, viver *more uxorio* (art. 1º);
- d) união entre um homem e uma mulher (art. 1º);

e) a pretensão alimentar considera os direitos e deveres dos companheiros; determina o rito da Lei nº 5.478/68; e limita-a enquanto o credor não constituir nova entidade familiar de direito ou de fato (art. 6º);

f) regra as relações dos companheiros com terceiros quando da celebração de instrumentos (art. 5º);

g) prevê vocação sucessória ao companheiro (art. 8º) quando não houver testamento, nem ascendentes ou descendentes;

h) possibilita a conversão em casamento dispensando os proclamas e os editais (art. 9º);

i) altera o art. 167 da Lei nº 6.015/73 (art. 10);

j) No item *do regime convencional*, prevê a possibilidade de, através de escritura pública, regerem os companheiros suas relações patrimoniais.

Frente ao apanágio supra e conquanto tenham sido acoimadas de inconstitucionais algumas das normas legais contidas nas Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 (como por certo o serão igualmente as constantes no Projeto de Lei nº 2.686/96), e até haja clamor da opinião pública desacreditando os textos infra-constitucionais vigentes sob o acicate de acabarem os mesmos incentivando uniões à margem do casamento e desestimulando a sua conversão em casamento por outorgarem vantagens e direitos mais amplos dos que assegurados aos cônjuges, a verdade inapagável é que a vontade nacional estabelecida no § 3º do art. 226 da Lei Maior) clama por mentes desanuviadas, a desassombradamente enfrentarem o desafio de traçar essa figura jurídica de dignidade constitucional à altura dos excelsos propósitos dos seus idealizadores de 1988. Não será rabiscando ora uma, ora outra lei, quase sempre prenhe de requisitos objetivos, subjetivos, copiando este ou aquele julgado, muitas vezes estigmatizado por padrões rançosos, de conservadorismo acirrado e visão míope da realidade social, numa preocupante e decepcionante perspectiva comparativa ao casamento, e ainda mais, quando angustia imaginar-se se essa linha de pesquisa e trabalho não revelará que se faz tardar uma revisão aos discursos legislativos e judiciais atinentes ao casamento, à família legítima. Quantos dogmas,

quantos tabus, quantas discriminações e oratórias patéticas em nome da *moral social* (necessária sim, deformada não), quantos enriquecimentos ilícitos, quanto suor, quanto labor, solidariedade, amor e dedicação relegados, escondidos dos *olhos* jurídicos em proveito de frases feitas, prontas, de efeito e tão distantes dos *olhos* da realidade, ter-se-ão de ultrapassar para alcançar-se a grandeza da atual Constituição que, além de cidadã, pelo primor aos direitos humanos, sobressai-se adjetivada de *Constituição de Família* pelo arrojo e sensibilidade aos temas de direito de família.

Aos temerosos, catastróficos, aplacadora a advertência de Ney de Mello Almada⁶⁹ de não ter a Constituição equiparado casamento a concubinato, nada impedindo o advento de lei regulamentadora da entidade familiar, criando deveres e direitos, pessoais e patrimoniais, quando *longe de incrementar a união de fato, mui provavelmente venha a desencorajá-la porque um dos mais ponderáveis fatores que a motivam é a liberdade dos concubinos, dado que sua ligação é descomprometida legalmente.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMADA, Ney de Mello. *Constituição e Casamento*. RSTJSP – v. 115, pp. 19/21.
- ARRUDA, Roberto Thomas. *O direito de alimentos*, 2ª ed., São Paulom, LEUD, 1986.
- BARREIRA, Wagner. *A Constituição de 1988 e a proibição de concubina do testador casado ser nomeada herdeira ou lagatária*, RT, v. 670: 19-27, de agosto de 1991.
- BELCHIOR, Stélio Bastos. *Obrigações alimentares*, São Paulo, Editora RT, 1992.
- BEVILAQUA, Clóvis; *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1976.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Alimentos*. 4ª ed. São Paulo, LEUD, 1979.

⁶⁹ *Constituição e Casamento*, RJTJSP 115/19-21.

- CAHALI, Francisco José. *União Estável e alimentos entre companheiros*, São Paulo, Saraiva, 1996.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 1ª. ed. São Paulo, RT, 1987.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código De Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Interpretada*, 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1996.
- FERNANDO, Iara de Toledo. *Alimentos Provisionais*, São Paulo, Saraiva, 1994.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990.
- MANSENSI, Voltaire. *Concubinato – legado e seguro de vida em face da nova ordem constitucional*, RT, v. 657:240-2, de junho de 1990.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed. 1ª tiragem. Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – direito de família*. São Paulo, Saraiva, 1974.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro e outro – *Comentários*, v. VIII, Tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Direito de Família*, v. 4, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1970.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. *A união estável e os alimentos*, RT, v. 657: 17-24.
- PEYRANO, Jorge Walter. *Medida cautelar inovativa*. Buenos Aires, Depalma, 1981.
- PIOVESAN, Flávia e outras. *Algumas reflexões sobre a figura/personagem mulher em processos de família*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo nº 40, 1993, pp. 69/79.

- SANTOS, J.M. Carvalho Santos. *Código Civil Interpretado*, v. I, 11ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 1972.
- SANTOS, Ernani Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.
- SILVA, De Plácito. *Vocabulário Jurídico*, v. II – D-I, Rio de Janeiro, Forense, 1973.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. III, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1993.
- THEODORO JR., Humberto. *Processo Cautelar*, 10ª ed., São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1988.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, São Paulo, Editora RT, 1974.
- WALD, Arnoldo. *Curso de Direito de Família*. 3ª ed., São Paulo, Sugestões Literárias S/A, 1973.